

Pubblicato il 10/09/2021

N. 01348/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00794/2021 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
(Sezioni Unite)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 794 del 2021, proposto da (...) in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (...) , in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...) non costituitasi in giudizio;

(...) ., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determina n. 818 del 24/06/2021 con cui il Dirigente dell'Ufficio Appalti Area IV del Comune di (...) ha aggiudicato in via definitiva il “*Servizio di recupero, selezione e valorizzazione del multi materiale leggero CER 15.01.06 proveniente dalla raccolta differenziata del Comune di (...). CIG. 8755996C78*” alla società (...);
- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, e, segnatamente, dei verbali di gara nella parte in cui il Seggio di gara non ha disposto l'esclusione delle società (...) per carenza dei requisiti di partecipazione, nonché del chiarimento reso dalla Stazione Appaltante al Quesito PI159758-21 – Quesiti nn. 1 e 6 – Risposte 1 e 6;
- del contratto di appalto, ove nelle more stipulato, e con espressa istanza di subentro, previa declaratoria del diritto della società ricorrente a conseguire l'aggiudicazione;
- per il risarcimento del danno in forma specifica, ed in subordine, per equivalente (comprensivo di danno emergente, lucro cessante e danno curriculare) nella misura che sarà dimostrata in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (...) e di (...).;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2021 il dott. Carlo Dibello e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

I fatti utili ai fini del decidere sono di seguito indicati

-il Comune di (...) ha bandito una procedura negoziata telematica per l'affidamento del "*Servizio di recupero, selezione e valorizzazione del multi materiale leggero CER 15.01.06 proveniente dalla raccolta differenziata*" per un importo complessivo di € 170.595,00;

-il disciplinare di gara, ai fini della partecipazione, ha richiesto quali requisiti minimi di capacità tecnica e professionale il possesso di: "*a) Dotazioni tecniche (pesa con bilico certificato, pressa, mezzi per la movimentazione e il carico dei rifiuti) b) Svolgimento con buon esito nel triennio antecedente la data di pubblicazione della presente procedura di gara, di servizi analoghi a quelli oggetto del presente appalto che, a pena di esclusione, devono essere stati svolti complessivamente, almeno per un anno nell'ambito del suddetto triennio, per una quantità minima di rifiuto CER 15.01.06 pari a 4.000 ton/anno, con una percentuale media di frazione estranea post selezione rilevata da COREPLA pari al massimo al 14%. Il concorrente deve specificare in sede di gara i committenti, il bacino di raccolta differenziata di provenienza, la tipologia del servizio svolto, la relativa quantità gestita per ciascun anno, i periodi di esecuzione distinti per anno, la percentuale media annua di FE (Frazione Estranea, ndr.) attribuita da COREPLA al materiale proveniente dall'impianto concorrente*";

-nel termine previsto dal punto J del disciplinare (26.05.2021 ore 12:00) per la presentazione di richieste di "*eventuali informazioni complementari e/o chiarimenti sulla documentazione di gara*" un operatore economico interessato alla partecipazione ha formulato il seguente "quesito": "Spett.le Amministrazione, premesso che al punto 3, lettera b), pagina 2 della Lettera di invito è richiesto, quale requisito di capacità tecnico – professionale, che il concorrente debba indicare "*la percentuale media annua di FE attribuita da COREPLA al materiale proveniente dall'impianto concorrente*", considerato che tale percentuale di FE è un dato noto soltanto al Convenzionato, in quanto il COREPLA invia solo ed esclusivamente ad esso i dati relativi alle analisi eseguite e non anche all'impianto di selezione, che lo stesso Convenzionato non comunica mai tale dato all'impianto e che pertanto risulta essere un dato di difficile indicazione per il concorrente, si invita Codesta Spettabile Amministrazione, al fine di garantire il principio di concorrenza, massima partecipazione e parità di trattamento, a voler riconsiderare le proprie determinazioni in ordine al citato requisito e, per i motivi suddetti, a procedere con la rettifica, in parte qua, della documentazione di gara";

-la stazione appaltante ha riscontrato il "quesito" ed ha chiarito che: "*Considerato che il convenzionato è l'unico soggetto titolato ad accedere all'area riservata raccolta del portale COREPLA, e i tempi della gara non consentono di acquisire il dato richiesto attraverso i comuni convenzionati nel caso in cui l'operatore economico non sia soggetto da essi delegato, il requisito di partecipazione di cui al punto 3, lettera b) della pagina n. 2 della lettera di invito, a rettifica di quanto previsto dalla lex specialis di gara, è da considerarsi tamquam non esset*";

- medesima risposta è stata fornita dalla stazione appaltante al quesito n. 6, con cui altro operatore ha chiesto: "*In riferimento al requisito di capacità tecniche e professionali indicate al punto 3.b della lettera di invito la scrivente è a specificare che pur essendo conforme alla quantità di 4000 ton/anno, poiché il proprio ciclo di separazione avviene per polimero e per colore non è in grado di indicare con precisione la percentuale media di frazione estranea post selezione, bensì siamo però certi che tale valore è inferiore al 14% essendo conforme a quanto richiesto dall'allegato tecnico COREPLA al quale la scrivente si attiene per le proprie lavorazioni; detto questo siamo a chiedere se tale condizione ci rende idonei alla partecipazione*";

-la società ricorrente, lamentando una inammissibile modifica della *lex specialis*, ha preso parte alla procedura negoziata dimostrando il possesso dei requisiti speciali minimi per come richiesti dal disciplinare, compresi quelli di cui al punto 3, lettera b) della pagina 2 della lettera d'invito;

- la stessa, all'esito della disamina delle offerte dei quattro concorrenti la società ricorrente si è classificata al terzo posto della graduatoria;
- con nota in data 10/6/2021 la società (...) ha chiesto alla stazione appaltante di verificare il possesso del requisito minimo dei servizi analoghi (4.000 ton/anno) richiesto dalla *lex specialis* in capo ai concorrenti ammessi alla partecipazione alla gara;
- con nota in data 16/6/2021 il RUP ha riscontrato la richiesta sottolineando che in risposta ad una richiesta di chiarimenti la stazione appaltante avrebbe stralciato la clausola del disciplinare di cui al punto 3, lett. b);
- con la determina n. 818 del 24/6/2021 la stazione appaltante ha approvato gli esiti della gara ed ha aggiudicato la gara alla ditta (...), classificatasi al primo posto con un prezzo complessivo offerto di €/ton 67,80, seguita dalla ditta (...) che ha offerto il prezzo complessivo di €/ton 137,00. La ricorrente si è classificata al terzo posto con l'offerta prezzo complessivo di €/ton 146,48;
- dall'esame della documentazione di gara è emerso che le prime due classificate non hanno reso la dichiarazione relativa al possesso del requisito di partecipazione di cui al punto 3, lettera b) della pagine 2 della lettera d'invito;
- la società ricorrente, in data 12/7/2021 ha inoltrato un preavviso di ricorso chiedendo all'amministrazione di intervenire in autotutela sull'aggiudicazione disposta in favore di (...);

L'istanza non è stata riscontrata;

-la ricorrente ha quindi chiesto l'annullamento dei provvedimenti impugnati, deducendo i seguenti motivi di diritto: 1. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis*; eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto; violazione dell'art. 97 Cost. per mancata applicazione del principio di buona amministrazione; sviamento; violazione della *par condicio*.

Secondo la tesi della società ricorrente, la Stazione Appaltante, attraverso i cd "chiarimenti", ha illegittimamente ed impropriamente modificato la *lex specialis*, incidendo sui requisiti di partecipazione dei concorrenti, consentendo in tal modo ad operatori economici che non disponevano dei requisiti minimi tecnico – professionali richiesti dal punto 3, lettera b) della pagina 2 della lettera d'invito di partecipare alla gara ed addirittura di conseguire l'aggiudicazione.

-Sia il Comune di (...) che la ditta aggiudicataria si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso -alla camera di consiglio del giorno 8 settembre 2021, la controversia è passata in decisione ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

Il ricorso è fondato.

-Nella dinamica di una gara di appalto, la richiesta di chiarimenti da parte dei concorrenti alla gara è perfettamente lecita; così come lecita e, anzi, legittima è la conseguente attività di interlocuzione con la quale la stazione appaltante rende il chiarimento richiesto.

-Ciò avviene specialmente nella materia dei requisiti di partecipazione, per la possibilità di letture alternative da parte dei concorrenti di una gara, ai quali spetta senz'altro, in caso di dubbi o perplessità sulla volontà della stazione appaltante, una parola inequivoca della medesima.

-Il chiarimento deve però mantenersi entro un ben definito spazio logico e argomentativo, senza incidere sulla legge di gara.

-La gara di appalto è infatti disciplinata essenzialmente dal bando – nel nostro caso, lettera di invito-, che ne detta le regole e che, pertanto, contiene il decalogo cui ogni concorrente deve attenersi per potervi partecipare in condizioni di parità con altri operatori economici.

-In virtù della superiore esigenza, il chiarimento reso dalla stazione appaltante può spingersi fino al limite della interpretazione autentica di una clausola del bando di gara, allo scopo di rendere noto inequivocabilmente il modo di intendere la sussistenza di un requisito partecipativo previsto a pena di esclusione.

-Quando, invece, il chiarimento incide sull'essenza stessa di un requisito di partecipazione alla gara esso dà vita ad una modifica non consentita delle regole del gioco, trattandosi di attività che si pone in contrasto con la *par condicio*.

-Ed invero, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato (vedi, da ultimo T.A.R. Bolzano, (Trentino-Alto Adige) sez. I, 20/01/2021, n.14) *“Alla stazione appaltante, la quale in via generale non può discostarsi dalle regole da essa stessa fissate, è ammesso intervenire nei casi in cui il chiarimento rivesta caratteri, per così dire, di neutralità rispetto ai contenuti del bando e alla partecipazione alla gara o meglio quando l'attività posta in essere non costituisca un'indebita e perciò illegittima modifica delle regole di gara, ma una sorta di interpretazione autentica con cui la S.A. chiarisce la propria volontà provvedimentale in un primo momento poco intellegibile, precisando o meglio delucidando le previsioni della lex specialis. In tal senso i chiarimenti apportati o le eventuali correzioni eseguite operano a beneficio di tutti e — laddove trasparenti, tempestive, ispirate al principio del favor participationis e, rese pubbliche — non comportano, se giustificate da un'oggettiva incertezza della legge di gara, alcun pregiudizio per gli altri partecipanti”*.

-La stazione appaltante, in sede di interpello dei concorrenti, può essere indotta a rivedere l'opportunità o finanche la utilità di una clausola del bando di gara, che può decidere di espungere dalla lex specialis dopo la pubblicazione della medesima.

-Un risultato del genere è, tuttavia, certamente contrario alla *par condicio* in quanto lede il legittimo affidamento riposto da tutti i partecipanti alla gara sulla univoca ed uniforme necessità di possedere determinati requisiti ed introduce finanche elementi di perplessità dell'azione amministrativa in contrasto con il principio di buona amministrazione.

-Nella specie è accaduto che, una volta richiesto il possesso necessario del requisito —attinente alla capacità tecnica dell'operatore economico- dello svolgimento, nei tre anni precedenti il bando, di servizi analoghi a quello oggetto di gara, in uno alla indicazione della percentuale media annua di frazione estranea attribuita dal COREPLA al materiale proveniente dall'impianto concorrente, la Stazione appaltante è stata interpellata in merito alla difficoltà oggettiva —rappresentata da un concorrente- nell'indicare il dato richiesto, a motivo della esclusiva disponibilità del dato nelle mani del convenzionato.

-Al quesito formulato, la stazione appaltante ha risposto prendendo atto della difficoltà rappresentata e pervenendo alla determinazione seguente: *“...il requisito di partecipazione di cui al punto 3, lettera b) della pagina n. 2 della lettera di invito, a rettifica di quanto previsto dalla lex specialis di gara, è da considerarsi tamquam non esset”*;

-Un chiarimento di questo tipo è certamente idoneo, per come formulato, ad apportare illegittimamente una modifica essenziale alla legge di gara.

-L'espunzione, dalla dichiarazione circa il possesso del requisito di capacità tecnica in esame, della indicazione di percentuale media annua di frazione estranea al ciclo di lavorazione si risolve in una modifica sostanziale dell'onere dichiarativo posto a carico dei concorrenti, con crisi del principio della *par condicio* dei partecipanti.

-la modifica delle regole del gioco è apprezzabile in sede di lettura delle dichiarazioni rese dalle ditte (...) e (...). Mentre la prima rende, sul punto, una dichiarazione solo apparentemente conforme alla esigenza di indicare la percentuale media di frazione estranea in misura non eccedente il 14% - ma senza specificare alcunchè - la (...) addirittura sbarra lo spazio relativo alla stessa dichiarazione, in ossequio al chiarimento reso dalla Stazione appaltante.

-La difesa della aggiudicataria ha provato a dirottare il contraddittorio sul fatto che, in ogni caso, la ditta (...) possiede il requisito di cui si controverte e che la stessa ha finanche reso una dichiarazione conforme a quanto previsto dal bando.

-La tesi però non può condividersi per una serie di ragioni: a) il chiarimento reso dalla Stazione appaltante comporta inequivocabilmente la modifica essenziale del requisito di partecipazione richiesto ai concorrenti, prima obbligati a dichiarare la percentuale media di frazione estranea alla lavorazione, poi radicalmente esentati dalla dichiarazione stessa, come confermato dal RUP; b) la semplificazione della dichiarazione da rendere non ha un valore meramente formale perché incide, nella sostanza, anche a livello solo potenziale, sul possesso di un requisito di capacità tecnica strutturato essenzialmente proprio sulla capacità di isolare, nel ciclo di lavorazione, una certa percentuale di frazione estranea, per ottimizzare la produzione.

-Anche la tesi del Comune di (...) non è condivisa dal Collegio.
-Essa fa leva sulla urgenza di provvedere all'aggiudicazione della commessa, il che ha condotto l'amministrazione a compiere una brusca virata sulla essenzialità del requisito di capacità tecnica controverso.
-Questa prospettazione difensiva non coglie nel segno per la semplice ragione che anche un'urgenza qualificata non può comportare lo stravolgimento delle regole del gioco ben potendo procedersi ad annullamento in autotutela della gara e immediata indicazione di altra procedura con previsione di requisiti calibrati in rapporto alle esigenze effettive della stazione appaltante.
-Né può aderirsi alla tesi secondo cui il requisito di partecipazione va verificato nella fase di esecuzione dell'appalto, il che consentirebbe, in un certo senso, di ridimensionare la sua rilevanza essenziale al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla competizione.
-Anche questo ordine di idee non è condivisibile, sia perché la tesi non considera la necessità di distinguere nettamente i requisiti di partecipazione da quelli di esecuzione del contratto, sia perché, ancora una volta, si entra in rotta di collisione con il fondamentale principio per il quale gli operatori economici devono poter contare su regole valide per tutti.
Alla stregua delle su esposte argomentazioni, il ricorso è accolto, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione intervenuta in favore della (...). Le spese processuali seguono il criterio della soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sezione unica feriale, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione.

Condanna il Comune di (...) alla rifusione delle spese processuali che liquida nella misura di €1500,00, oltre rifusione del contributo unificato e accessori come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente
Carlo Dibello, Consigliere, Estensore
Giacinta Serlenga, Consigliere

L'ESTENSORE
Carlo Dibello

IL PRESIDENTE
Orazio Ciliberti

IL SEGRETARIO